



## Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:

**Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)**

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

### Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

### Bajo las condiciones siguientes:



**Atribución** — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



**No Comercial** — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

**EL CONCEPTO DE TERRITORIO EN LA COSMOGONÍA INDÍGENA EN  
COLOMBIA; UN ESTUDIO JURÍDICO SOBRE LA RELACIÓN DEL CONCEPTO  
DE TERRITORIO INDÍGENA Y SUS MECANISMOS DE PROTECCIÓN POR  
PARTE DEL ESTADO.**

**ÁNGELA MARÍA BÁEZ MANRIQUE<sup>1</sup>**

**UNIVERSIDAD CATOLICA DE COLOMBIA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**BOGOTA D.C., 2017**

---

<sup>1</sup> Trabajo para optar por el título de abogada  
Director: German Vallejo Almeida  
Correo electrónico: ambaez25@ucatolica.edu.co

## **RESUMEN**

El presente artículo aborda el tema del territorio indígena y sus mecanismos de protección aplicables en Colombia; presentado bajo la definición de territorio de los pueblos indígenas en relación de éstos con la tierra; a lo largo de la historia se ha demostrado que es un vínculo sagrado y esencial que da y mantiene la identidad cultural y espiritual de estos pueblos.

Todo esto forma parte de la cosmovisión indígena que en la actualidad está siendo recogida por el derecho positivo y se ha comprendido por mecanismos internacionales y nacionales de cada país. Este artículo busca recoger en forma general estas normas que velan por la protección de los derechos territoriales de estas comunidades y que hoy son sujetos de especial protección constitucional.

## **PALABRAS CLAVE**

Indígenas, territorios sagrados indígenas, derechos fundamentales, participación, grupos étnicos, protección del Territorio.

## **ABSTRACT**

The present article approach the theme of the indigenous territory and their protection mechanisms applicable in Colombia; introduce under the definition of territory of the indigenous people in relation of this with the land; along the history has been shown that this is a sacred and essential link that give and maintain the cultural and spiritual identity of those tribes.

All of this is part of the indigenous cosmovision that nowadays is being collected by the positive right article seek to collect in general form these standards that watch for the protection of the territorial rights of these communities and today are subjects of special constitutional protection.

## **KEYWORDS**

Indigenous, sacred indigenous territories, fundamental rights, participation, ethnic groups, protection of territory

## **TABLA DE CONTENIDO**

### **INTRODUCCIÓN**

#### **1. EL CONCEPTO DE TERRITORIO INDÍGENA**

#### **2. MECANISMOS DE PROTECCIÓN DEL TERRITORIO INDÍGENA.**

##### **2.1 MECANISMOS INTERNACIONALES**

2.1.1 La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

2.1.2 Convenio No. 169 de la OIT

2.1.3 La Convención Americana de Derechos Humanos

2.1.4 Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Jurisprudencia – Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua

##### **2.2 MECANISMOS NACIONALES**

2.2.1 Cómo la Constitución de 1991 protege el Territorio indígena en Colombia.

2.2.2 La Consulta Previa.

2.2.3 Marco normativo

2.2.4 Referencias Jurisprudenciales frente a la protección del territorio.

### **CONCLUSIONES**

### **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

## INTRODUCCIÓN

En Colombia ahora se escuchan las voces de los pueblos indígenas que antes eran imperceptibles, y que se han venido mostrando con fuerza en las últimas décadas. Sus reclamos exigen ser revalorados en el marco de una historia nacional en el que han sido discriminados y vulnerados a lo largo de los años; la problemática gira alrededor de la idea del valor del territorio específicamente en lo económico, reflejado en la propiedad privada y en una ciudadanía material, versus, la concepción territorial indígena que muestra su desarrollo étnico y cultural, a partir de las cuales los indígenas reclaman el respeto hacia sus diferentes visiones del territorio como algo sagrado y espiritual.

El reconocimiento de sus derechos en los 90, tuvo un desarrollo importante en Colombia, que trajo consigo la creación y suscripción de mecanismos nacionales e internacionales de protección que permiten la construcción de bases sólidas para la participación activa, justa y con beneficios para estas comunidades.

La propuesta del presente artículo es orientar sobre cuáles son estos mecanismos de protección y la relación jurídica que se ha desarrollado desde la definición de territorio indígena, basada en sus creencias étnicas, religiosas y culturales, que se relacionan de manera directa con sus derechos fundamentales.

Para ello he dividido este trabajo en dos partes, en primer lugar, el escrito desarrolla la concepción de territorio indígena, colocando de presente algunas comunidades que habitan el territorio colombiano y su cosmogonía, puesto que, es importante precisar que hablar de un concepto en las comunidades indígenas significa armonizar un todo cultural, social y Político.

En la segunda parte, se abordan los mecanismos internacionales de protección alrededor del territorio indígena y que hacen parte de nuestro ordenamiento jurídico; como lo menciona Botero (2003), no se agotan las disposiciones constitucionales de talante multicultural en la constitución misma, puesto que la Corte Constitucional ha sido diligente al entender que los tratados internacionales ratificados por Colombia que defienden la diversidad cultural son aplicables como normas directamente en el marco jurídico local, asimismo, incluye una sentencia de la

Corte Interamericana de Derechos Humanos que marca un hito en el desarrollo de los derechos territoriales en comunidades indígenas. Por otra parte, este artículo contiene los mecanismos nacionales, que protegen el territorio indígena y que han sido producto de un desarrollo constitucional manifestado en el carácter que les otorga hoy el Estado como sujetos de especial protección que permite acercarse a la visión indígena del mundo, cuestión que indica Sánchez (2009), se aprende no sólo realizando investigaciones antropológicas y decantando conceptos teóricos, sino escuchando al indígena, desarrollando el conocimiento desde su subjetividad, puesto que sólo bajo esta comprensión adquieren sentido cualquier norma o estamento jurídico.

## **1. EL CONCEPTO DE TERRITORIO INDÍGENA**

No es posible definir de manera categórica el “territorio” bajo la concepción ancestral indígena: Mientras para el común de los habitantes de Colombia la relación del sujeto con la tierra donde habita implica tan sólo tener un vínculo comercial y jurídico que de forma general se observa desde un punto de vista utilitario, para las comunidades indígenas el territorio conlleva una cantidad de elementos que hacen parte de una inseparable visión de la existencia. La noción de territorio para los indígenas se encuentra acompañado de un trasegar histórico que no puede dejar de lado las relaciones con el Estado y con otras formas de concebir la territorialidad, la lucha, el conflicto y la negociación hacen parte de las dinámicas territoriales puesto que no se debe olvidar que los espacios también responden a intereses y más aún cuando se encuentran en medio recursos naturales, los indígenas habitan espacios en donde al mismo tiempo son habitantes, son refugiados y son luchadores pero también forman su identidad y fomentan la tradición de su visión cosmogónica y socio-cultural.

A la luz de lo anterior Echevarría y Rincón (2000) consideran que

El territorio adquiere sentido propio, como espacio significado, socializado, culturizado, por las diversas expresiones, apropiaciones y defensas culturales, sociales, políticas, económicas que se hacen de él; y, a su vez lo adquiere en las diversas lecturas que se le hacen, al ser registrado en la memoria y valorado e imaginado de múltiples maneras, ritualizado o mitificado. (p. 25)

En el mismo sentido, los espacios habitados por los indígenas se ven confrontados con otras culturas que practican diversas dinámicas sociales y económicas, caracterizadas principalmente por actividades económicas como la ganadería o la agricultura industrial, así mismo por obras de infraestructura y explotación de recursos naturales. Bajo estas perspectivas colonizadoras el pueblo indígena fue quedando absorbido, relegado y sin protección, despojando más que de su territorio físico, su concepción de vida que no correspondía con esas dinámicas económicas, es decir sino se protege el vínculo de territorio por parte del indígena éste terminaría siendo un ganadero o un leñador, actividades que determinan el movimiento económico y que arrojan a los indígenas a tener que soportar la escases, el hambre y la enfermedad.



Por tanto, el territorio indígena comprende tierras ocupadas y poseídas por estos pueblos, que debe incluir su espacio vital y socioeconómico, en dicho territorio no se debe observar al indígena como un objeto en el paisaje sino como un ser activo que hace parte de un hábitat en el cual puede cazar, recolectar o pescar, asimismo, donde conformará su familia y le enseñará sus sucesores su forma de concebir el mundo, reclamando que no existe una sola forma de desarrollo y progreso. La forma de entender el territorio del indígena es integral y la forma de significarlo es correlativa con su idea de identidad y existencia, por lo que podemos determinar que

Nuestra vida transcurre en un espacio físico colectivo. La tierra – concebida como madre y creadora de vida- es elemento esencial (junto al agua, aire y fuego) para la pervivencia de nuestras comunidades. Por eso la compartimos y la tenemos en común. (Virgilio, 1998, p. 146)

La filosofía de los pueblos indígenas del hemisferio Occidental ha crecido a partir de una relación con la tierra que data de miles de años. Se funda en la observación de leyes naturales y en la incorporación de esas leyes a todos los aspectos de la vida cotidiana. Esta filosofía es profundamente diferente de la ideología económica y geopolítica predominante que gobierna la práctica de las potencias industriales y las operaciones las compañías multinacionales (...) para los indígenas su tierra es sagrada en su estado natural. (Abya-Yala [Ed], 1992)

Para la comunidad indígena, la tierra es “madre” y como tal otorga vida, sin ella no existe identidad y familia, en ese sentido la tierra no es propiedad privada sino comunitaria, pertenece al colectivo y es inconcebible que tenga un solo dueño. Por tanto, no entra en la dinámica del mercado, es decir, no puede ser vendida ni comprada. La perspectiva de territorio, se compone como un sistema ecosistémico, ya que encierra lo entendido como tierra. El territorio se refiere al área de influencia donde se desarrolla la comunidad indígena. Una de sus características es que, si bien no es posible excluir a otros miembros no indígenas ubicados en él, éstos últimos no podrán alterar el territorio de modo tal que se vea afectada la vida que desarrollan los indígenas en sus propias tierras.

Los indígenas desbordan el simple arraigo material que puede haber sobre las cosas materiales, para ellos es trascendental la relación del hombre con la tierra, de lo que es bueno y malo o del

cielo y el infierno. En coherencia con lo anterior, Oviedo (1992) afirma que los indígenas conciben elementos inanimados como los árboles o animales fuerzas del bien o del mal, que a su vez imponen pautas de comportamiento con las cuales se debe vivir de manera correcta. Los árboles en muchas comunidades eran deidades que se protegían y veneraban, incluso se puede hablar de bosques completos los cuales se consideraban sagrados e intocables todo documentado por las crónicas de la conquista en las cuales se observaba como describían la sabana de Bogotá en la que los muisca tenían bosques de palmas gigantes las cuales idolatraban cuestión que no gusto para nada a los colonizadores que por orden del obispo Cristóbal de torres talaron y destruyeron el bosque completamente para a la vez acabar con la idolatría.

Agredo (2005) destaca como los grupos étnicos después de más de 500 años de persecución se mantienen como los más dignos representantes de la relación hombre-tierra, ellos pueden dar el mejor ejemplo de racionalidad frente al manejo de los recursos naturales aguardando siempre el equilibrio y desarraigando la idea poco sostenible de explotación para lograr un frenesí momentáneo dejando de lado algún tipo de simpatía como especie. Para el indígena no es importante el consumismo y antepone el respeto por las tradiciones y costumbres que la obsesión del hombre por obtener cosas en un egoísmo que ni siquiera lo deja pensar en el otro o en el futuro de su propia especie en la tierra.

En el mismo sentido, Domínguez (2000) considera que el concepto de espacio es una construcción que conlleva una carga simbólica y bajo la idea de formación de territorio se construye acompañado de una actividad humana por tanto el sujeto se hace en sí mismo geografía porque en individuo es inherente al territorio, cuando el hombre realiza sus actividades habituales en un periodo histórico va creando lo que se conoce como territorio, el territorio lejos de ser un fenómeno inerte se caracteriza por estar en constante movimiento sobre un andamiaje que cimienta el individuo en su necesidad de reconocer a los demás y así mismo. En el territorio el hombre se identifica y cuando se logra reconocer como producto espacial ya se puede observar cómo nace el concepto de territorio como producto recíproco del hombre con el espacio. No es posible traer una concepción de territorio occidental para comprender la idea indígena:

Para el indígena no existía en su mentalidad la noción del espacio regulado, del espacio trazado; la racionalidad de territorio es una imposición de carácter occidental, concepción que fragmenta al individuo, lo limita y lo obliga a hablar de propiedad o posesión, esto es más evidente desde el mismo momento de la conquista, cuando el indígena otrora se desplazaba libremente sin ataduras, hasta sus caminos y poblados eran delineados orgánicamente, acomodados a la topografía natural, pero la imposición del trazado en damero, simbología de la dominación, se refleja hasta en las propiedades de los señores tiránicos, quienes establecían granjas con corrales o cercados para sus ganados, a diferencia de los animales domésticos que poseían los indígenas y propios del hábitat que pastoreaban en amplias franjas de libertad. (Agredo, 2006, p. 29)

A la luz de lo anterior, en el territorio indígena señala Zapata (2008) se muestra una lógica de símbolos que recoge también el lenguaje, que son dados por la vivencia misma del indígena que camina por encima del territorio que le permite el conocimiento a través del reconocimiento, la experiencias de los árboles y especialmente de poder referenciar signos a diario que le permiten construir su propia historia, dando validez a su interpretación de la existencia, en el territorio para un indígena no solo encuentra el indígena un lugar para estar en el mundo sino su mundo mismo.

Bajo el pensamiento Kankuamo<sup>2</sup> resalta Arias (2011), el territorio es ante todo ancestral formado por diversos elementos en la naturaleza cuando el indígena recorre caminos, construye su casa o recoge agua en los afluentes, al mismo tiempo desarrolla una relación de respeto con la tierra, no es simplemente una relación de un sujeto y un objeto sino que atraviesa su pensamiento, por tanto, despojar al indígena de su territorio es a su vez terminar con su vida,

para nosotros los indígenas la tierra no es solo el objeto de nuestro trabajo, la fuente de los alimentos que consumimos, sino el centro de toda nuestra vida, la base de nuestra vida, la base de nuestra organización social el origen de nuestras tradiciones y costumbres. (Organización Indígena Kankuamo [OIK], 2008, p. 27)

---

<sup>2</sup> Los kankuamo viven en las estribaciones de la Sierra Nevada de Santa Marta, en los corregimientos de Atánquez, Guatapurí, Chemesquemena, Los Haticos, La Minha y Rio Seco, en el departamento del Cesar. Su asentamiento se encuentra en límites con los resguardos de los pueblos kogui, wiwa y arhuaco.

Agustín joven curandero quichua a la orilla de la Amazonia ecuatorial, tiene su propia idea sobre el drama del planeta. Su poblado, hasta ahora aislado –un día de viaje en canoa y tres horas caminando desde el río- está a punto de ser electrificado y conectado por una nueva carretera.

Si el mundo anda mal, me dice, no se debe a que ustedes sean los ricos y nosotros los pobres. Es porque ustedes los ricos no son felices. No escuchan la música del viento en los árboles, el poema del pájaro, el canto del río. El mundo no puede andar bien si ustedes andan mal. Ahora ustedes vienen aquí donde nosotros: a lo mejor vamos a desaparecer... pero quien sabe a lo mejor un día un pedazo de nuestra alma se despierte en el espíritu de sus nietos. (Wermus, 2002, p. 15)

Por tanto, según expone Agredo (2006), es diferente el concepto de tierra y el de territorio, el primero no sólo puede hacer alusión a una parcela que otorga el sustento sino debe ser sostenible y perdurable, del mismo modo cuando se habla de territorio es espacio vital donde se conjuga lo cultural, económico, político, social con lo sagrado lo compartido por una colectividad.

Bajo este mismo horizonte, la autonomía es el principio básico para comprender el significado de territorio para los indígenas, ello implica el poder disponer de manera amplia en la toma de decisiones sobre el lugar de nacimiento, derecho que no les ha sido otorgado por ningún otro hombre o soberano sino por la naturaleza misma, por tanto la configuración del límite, el trazar la frontera es para el hombre blanco no para ellos que desde su cosmogonía no pueden fragmentar de manera fácil su forma universalista de existir.

Es precisamente bajo este problema que se debaten dos maneras de pensar el territorio, la primera, natural e indígena en donde como se ha expuesto anteriormente no existe el título ni la propiedad privada, y el segundo, occidental, en donde el territorio se concibe como límite, como generador de riquezas o como espacio de estratificación de clases, en donde lo importante es la acumulación y la utilidad momentánea.

Es por lo anterior, que se deben crear mecanismos que permitan llevar de manera armónica formas diferentes de pensar y concebir el mundo, y para ello juega un papel fundamental el Derecho como elemento que le otorgue garantías sin miramientos particulares o sesgados a los

indígenas y que no simplemente se trate de hacer desaparecer una forma de pensar por ser una minoría. Como lo referencia Agredo (2006) en la avalancha de la idea de progreso a los indígenas se les han atacado los elementos más propios de su vida como el lenguaje, su territorio, sus dioses, desconociendo desde el primer encuentro con otra cultura como la occidental sus derechos. Los derechos de los indígenas no es un tema acabado por el contrario es un desafío aún mayor en sociedades que tienen que enfrentar la globalización y que las comunidades indígenas no van a poder ser ajenas a estas dinámicas en las que se le debe otorgar por parte del Estado a los indígenas un papel claro y jurídicamente seguro puesto que ya no llegan caudillos a caballo, sino grandes operadores internacionales con maquinarias en búsqueda de recursos naturales buscando sostener sólo una forma de pensar desmaterializando cualquiera que se encuentre por fuera de ese sistema.

## **2. MECANISMOS DE PROTECCIÓN DEL TERRITORIO INDÍGENA**

### **2.1 MECANISMOS INTERNACIONALES**

#### **2.1.1 La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas**

La declaración es,

Un documento detallado sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas. La Declaración fue preparada y debatida oficialmente durante más de veinte años antes de ser aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007. El documento hace hincapié en el derecho de los pueblos indígenas a vivir con dignidad, a mantener y fortalecer sus propias instituciones, culturas y tradiciones y a buscar su propio desarrollo, determinado libremente de conformidad con sus propias necesidades e intereses. (Organización de las Naciones Unidas [ONU], s.f., p. 1)

Es importante resaltar que hace énfasis en la necesidad del reconocimiento como sujeto colectivo para la supervivencia las comunidades étnicas, y la vocación de ser titulares de derechos y de obligaciones asimismo realiza importantes avances y ratifica disposiciones sobre la consulta previa.

La Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas representa un gran avance en la lucha internacional por los derechos indígenas y señala una intención de no aceptar más las injusticias cometidas contra pueblos indígenas. La declaración no es jurídicamente vinculante de la manera en que lo son los convenios de derechos humanos, y, por tanto, los Estados no están obligados a informar sobre su cumplimiento. (Vedum, 2008, p. 7)

Sin embargo, todos los principios y derechos consagrados en la declaración se encuentran claramente relacionados y son un punto de referencia para la interpretación de los derechos de los pueblos indígenas tanto en el derecho nacional, como el derecho internacional. Es así, como de manera concreta mencionare, algunos de los artículos que hacen referencia al tema que nos ocupa.

El artículo 19. Declara que los Estados deberán consultar y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas, a través de sus instituciones representativas, con el fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado en todos los asuntos administrativos y legislativos que los puedan afectar (Consulta Previa).

El artículo 25. Establece que los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado.

El artículo 26. Indica que los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, adquirir e utilizar las tierras, territorios y recursos; igualmente los Estados los reconocerán y brindarán protección jurídica de estas tierras, territorios y recursos.

El artículo 27. Señala que los Estados en conjunto con los pueblos indígenas deberán realizar un proceso en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos.

El artículo 28. Advierte que los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación o indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado, en el caso de ser violentados.

El artículo 29. Menciona que los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos, asimismo, los Estados tendrán que establecer y ejecutar programas de asistencia, mantenimiento y control a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación

El artículo 30. Hace referencia a la prohibición de actividades militares en territorios indígenas a menos que sea estrictamente necesario, y debidamente informado a los interesados, para realizar los procedimientos apropiados.

El artículo 32. Establece que los pueblos indígenas tienen derecho a elaborar sus planes para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.

El artículo 40. Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos basados en sus costumbres, tradiciones, en su sistema jurídico y las normas internacionales de derechos humanos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, igualmente a una reparación efectiva por la violación de sus derechos.

De acuerdo con lo anterior, la declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas es un instrumento internacional aplicable en Colombia que “consagra estándares de respeto y protección reforzada del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas, el cual también es necesario para garantizar el derecho a la integridad cultural de estos pueblos” (Sentencia T-387/2013, p. 2) y que debe interpretarse de manera conjunta para su aplicación.

### **2.1.2 Convenio No. 169 de la OIT**

El Convenio 169 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, es un instrumento internacional que se emite con ciertos objetivos, como el establecer la participación de los pueblos indígenas y tribales activamente en la formulación, ejecución y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de una afectación directa, la responsabilidad de definir y desarrollar acciones para proteger los derechos de estos pueblos y garantizar el respeto a su integridad étnica y cultural. (Instituto Colombiano de Antropología e Historia [INCANH], 2008).

Es así, que de manera clara y directa el Convenio desde el punto de vista sustancial, desarrolla importantes derechos fundamentales, propone mecanismos para su protección y establece algunas garantías que deben ser otorgadas por los Estados a las minorías. En el asunto que nos concierne, el derecho al territorio es abordado de manera directa en la segunda parte del convenio, denominada “tierras”, en los artículos 13 al 19 en los que se desarrollan lo siguiente:

- La importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos reviste su relación con las tierras o territorios.
- El territorio abarca la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos ocupan o utilizan de alguna otra manera.
- Reconocimiento y protección del derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan.
- Protección especial a los recursos naturales existentes en sus tierras, que comprenden el derecho de a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.
- Constituir procedimientos adecuados para solucionar las reclamaciones de tierras formuladas por los pueblos indígenas.
- Consultar previamente antes de iniciar o permitir cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.
- A no ser trasladados de sus tierras a excepción de ser necesario siempre y cuando sea motivado, su traslado y reubicación, bajo los parámetros de la normativa nacional.
- Estarán permitidas las modalidades de transmisión de derechos sobre la tierra establecidas por los pueblos, y deberán consultarse antes de su enajenación y transmisión, además deberá garantizarse que personas que no pertenecen a estos pueblos puedan aprovecharse de sus costumbres o desconocimiento jurídico para apropiarse o utilizar sus tierras.
- Establecer sanciones para aquellos que entren sin autorización en las tierras de los pueblos indígenas.
- Se deben implementar programas nacionales para el desarrollo de sus tierras y asignaciones adicionales para garantizar su existencia y crecimiento.



Además de lo anterior mencionado, la Convención Americana de Derechos Humanos amplía su alcance de acción cuando define cuales deben ser los criterios de interpretación de dicho documento en su artículo 29, indicando que ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”. Por eso, en el ámbito internacional, el Convenio No. 169 de 1989 de la OIT abre las puertas para el reconocimiento de los derechos que tienen las minorías, ya que no se necesita de grandes interpretaciones para reconocerlos ya que se encuentran claramente establecidos. (Procuraduría General de la Nación [PGN], 2009).

### **2.1.3 Convención Americana de Derechos Humanos**

Desde la creación del sistema interamericano de derechos humanos, sus órganos (la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (COIDH)) han contribuido a promocionar y proteger los derechos humanos en el continente americano; para los pueblos indígenas ha sido un progreso importante ya que ha significado la recuperación de su dignidad como pueblos y de ejercicio de sus derechos humanos. (Berraondo, 2008).

Durante los últimos años la Corte Interamericana, ha realizado un especial énfasis en la protección de los derechos territoriales, que se ha evidenciado en varias de sus sentencias con la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en el artículo 21<sup>3</sup> de esta convención, se establece la protección de los derechos territoriales.

En ausencia de referencias expresas a los pueblos indígenas y tribales en el artículo 21, la CIDH y la COIDH han utilizado las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el artículo 29.b

---

<sup>3</sup> **Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada** 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

de la Convención Americana. El artículo 29.b de la Convención Americana prohíbe la interpretación restrictiva de los derechos recogidos en la Convención (principio pro homine); en consecuencia, la CIDH y la Corte han interpretado el contenido del artículo 21 de la Convención Americana a la luz de los desarrollos normativos en el derecho internacional de los derechos humanos en relación con los derechos de los pueblos indígenas, incluyendo el Convenio No. 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como la jurisprudencia relevante de los órganos de tratados de Naciones Unidas. (Organización de los Estados Americanos [OEA], 2009, p. 5).

Asimismo, es importante resaltar que la Convención Americana de Derechos Humanos también establece la obligación de adoptar mecanismos inmediatos para la protección de los derechos, en caso de silencio o ausencia por parte de los Estados.

#### **2.1.4 Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Jurisprudencia – Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua**

La Corte Interamericana de derechos humanos (COIDH) en su jurisprudencia ha resaltado la protección del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales, porque su goce implica la protección de los derechos humanos de una colectividad que se basa en su desarrollo económico, social y cultural en relación con la tierra. (INCANH, 2008).

En virtud al artículo 62 de la convención americana de derechos humanos se le atribuye COIDH la obligatoriedad de sus sentencias sobre todos los Estados que la han ratificado e incorporado en sus sistemas jurídicos.

La interpretación que realiza la COIDH en sus decisiones, sobre artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), representa un hito para la protección y respeto del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas, el reconocimiento de la relación espiritual y personal se deriva para una protección especial para garantizar el uso y disfrute de sus territorios.

En consecuencia, la COIDH sostiene que la aplicación del artículo 21 de la CADH y la obligación de proteger el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad colectiva de sus territorios, es plenamente aplicable a los Estados infractores, incluso en circunstancias como:

1. La falta de reconocimiento de la condición legal de las comunidades indígenas y tribales por parte del Estado infractor (como en los casos de Saramaka y Kaliña y Lokono vs Surinam.);
2. Pérdida previa de la posesión de territorios ancestrales de la comunidad indígena (es en el caso de Sawhoyamaya vs Paraguay);
3. El despojo de los territorios ancestrales a través de su venta a terceros por el Estado infractor (como en los casos de Yakye Axa, Sawhoyomaya y Xákmok Kásek vs Paraguay.);
4. Concesiones para la exploración y explotación de recursos naturales en los territorios ancestrales por el Estado infractor (como en el caso de Saramaka vs Surinam.);
5. Reubicación forzosa de comunidades indígenas relacionados con los proyectos de desarrollo y obras públicas, (como en los casos de Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano v. Panamá).

Para hacer cumplir el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de la tierra que se deriva de la ocupación ancestral, la COIDH supervisa el cumplimiento de las órdenes de restitución integrales impuestas al Estado infractor a reparar los daños causados a las comunidades indígenas. A tal fin, la Corte ha dado forma que la jurisprudencia de acuerdo con las especificidades de cada caso condenado. (Vivas, Pérez y Quintero, s.f, p. 17)

En algunos casos dependiendo de sus circunstancias la COIDH, impuso medidas de restitución de derechos, como se evidencia a continuación:

- La restitución por medio de delimitación, demarcación y titulación de las tierras (Caso de Kaliña y Lokono vs Surinam, caso garífuna de Triunfo de la Cruz vs Honduras);

- Restitución de tierras en manos de particulares (Yakye Axa, Sawhoyomaxa y Xákmok Kásek v Paraguay);
- Reversión de concesiones para la exploración y explotación de recursos en tierras ancestrales (Awas Tingni vs Nicaragua, Caso del Pueblo Saramaka v Surinam);
- Restitución de tierras de las comunidades indígenas o tribales, que tuvieron que desplazarse debido a los conflictos armados internos (Caso de Moiwana vs Surinam, caso de la Operación Génesis vs Colombia) (Vivas, Pérez y Quintero, s.f, p.18)

Según (Vivas, Pérez y Quintero, s.f) las interpretaciones de la Corte al artículo 21 de la CADH buscan reconocer la obligación de los Estados a respetar y proteger el derecho de las comunidades indígenas, representando un paso significativo y audaz para la preservación de la diversidad cultural en América.

Durante los últimos años la Corte Interamericana se ha pronunciado en diferentes casos en relación con los derechos territoriales, para el tema que nos concierne, por su especial importancia es objeto de estudio el caso Awas Tingni<sup>4</sup>, que además de ser el primer fallo en reconocer la propiedad colectiva a los pueblos indígenas ha marcado un hito en el desarrollo del derecho al territorio, pues “la Corte elabora un fundamento teórico para el reconocimiento de los derechos territoriales y afirmara la existencia de aquellos derechos que dan pie a la existencia del derecho al territorio, como son la propiedad y la relación especial”. (Berraondo, 2008, p. 217).

En 1998 lo CIDH interpuso ante la COIDH, una demanda en contra del Estado de Nicaragua, con fundamento en la omisión del Estado en demarcar las tierras comunales de la Comunidad Awas Tingni, asimismo, de no haber tomado medidas efectivas que aseguren los derechos de propiedad de la Comunidad en sus tierras ancestrales y recursos naturales, igualmente, por haber otorgado una concesión a maderera SOLCARSA en las tierras de la Comunidad, la cual se desarrollarían obras en 62.000 hectáreas del territorio sin su consentimiento previo para

---

<sup>4</sup> Es una comunidad indígena Mayagna de unos 2.400 miembros ubicada en la costa miskita de Nicaragua, en el municipio de Waspam, en la Región Autónoma de la Costa Caribe del Norte. Awas Tingni se encuentra cerca del cruce del río Wawa y el río Awas Tingni en una zona densamente boscosa. En Mayagna, Awas Tingni significa "Río de pino" y denota tanto la ciudad y el río por el que se encuentra. Awas Tingni fue nombrado debido al bosque de pinos grande en la zona, similar a los barrens de pino de la mitad de los Estados Unidos del Atlántico.

determinar la conveniencia de la concesión, además, por no haber garantizado un recurso efectivo para responder a las reclamaciones de la Comunidad sobre sus derechos de propiedad. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 31 de agosto de 2001).

De la misma forma, no se podía desconocer que el territorio de los Mayagna es vital para su desarrollo cultural, religioso y familiar, y para su propia subsistencia, pues realizan labores de caza, pesca y, cultivo en la tierra.

De acuerdo con el testimonio de Charly Webster Mclean Cornelio, Secretario de la Comisión Territorial de Awas Tingni en la Sentencia del 31 de agosto de 2001, señaló que:

El territorio es para ellos sagrado, y a lo largo de éste se encuentran varios cerros de gran importancia religiosa, como el Cerro Mono, el Cerro Urus Asang, el Kiamak y el Cerro Quitirís. Existen también otros lugares sagrados, en los cuales la Comunidad tiene árboles frutales de pejibaye, limón y aguacate. Cuando los habitantes de Awas Tingni pasan por estos lugares, que datan de 300 siglos, según lo que su abuelo le decía, lo hacen en silencio como señal de respeto a sus muertos y saludan a Asangpas Muigeni, el espíritu del monte, que vive debajo de los cerros. (p.21)

Es así como se evidencia la importancia no solo material del territorio si no el arraigo sagrado que tiene esta comunidad con la tierra.

En las consideraciones de la Corte se establece que la inexistencia de un recurso diligente y efectivo ante los entes competentes que amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales constituye una transgresión de los pilares básicos, de la Convención Americana, y del Estado de Derecho en una sociedad democrática, por consiguiente la Corte considera que Nicaragua no establece un procedimiento específico para la demarcación y la titulación de las tierras ocupadas por comunidades indígenas, atendiendo a sus características particulares.

Asimismo, establece que:

La vida de los miembros de la Comunidad depende fundamentalmente de la agricultura, la caza y la pesca que realizan en áreas cercanas a sus aldeas. La relación que la

Comunidad mantiene con sus tierras y recursos se encuentra protegida bajo otros derechos contemplados en la Convención Americana, tales como el derecho a la vida, la honra y la dignidad, la libertad de conciencia y de religión, la libertad de asociación, la protección a la familia, y el derecho de circulación y residencia. (p.74)

En el año 2001, la COIDH falló a favor de la comunidad, decidiendo que el Estado, debía demarcar y titular los territorios indígenas conforme al derecho consuetudinario de esta comunidad y por último la prohibición de explotaciones en ese territorio.

Asimismo, en su fallo, la Corte estableció que la protección de la propiedad privada contenida en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también abarca la protección de la propiedad comunal de los territorios indígenas donde se reconoce una estrecha relación entre su integridad cultural y la ancestral. (Vivas, Pérez y Quintero, s.f.)

Es así como se reconoce el derecho al territorio con base en el principio de la relación especial e interdependiente que los pueblos indígenas tienen con su territorio. A partir de este principio la ocupación territorial ancestral significa, la propiedad de dichos territorios, aunque no existan títulos de propiedad, a raíz de esta sentencia se eliminan las limitaciones de aplicación de los derechos y reconocimiento de estos territorios pues se debe contemplar el derecho consuetudinario de cada pueblo. (Berraondo, 2008)

El caso de Awas Tingni ha marcado un precedente para la COIDH, el cual ha servido, en diferentes casos, uno de ellos el del Pueblo Saramaka vs. Surinam; donde se fundamenta que el Estado de Surinam

no ha adoptado medidas efectivas para reconocer su derecho al uso y goce del territorio que han ocupado y usado tradicionalmente; que el Estado ha presuntamente violado el derecho a la protección judicial en perjuicio del pueblo Saramaka al no brindarles acceso efectivo a la justicia para la protección de sus derechos fundamentales, particularmente el derecho a poseer propiedad de acuerdo con sus tradiciones comunales, y que el Estado supuestamente no ha cumplido con su deber de adoptar disposiciones de derecho interno

para asegurar y respetar estos derechos de los Saramakas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, p. 2)

De esta forma con la aplicación de la teoría del reconocimiento de derechos territoriales elaborada para el caso Awas Tingni, la Corte confirma su doctrina aplicando el reconocimiento y garantías de los derechos territoriales a las comunidades indígenas.

## **2.2 MECANISMOS NACIONALES**

### **2.2.1 Cómo la Constitución de 1991 protege el Territorio indígena en Colombia**

A lo largo de la historia, los pueblos indígenas han sufrido expresiones discriminatorias, despojos de sus tierras, territorios y recursos; lograr un reconocimiento de la capacidad jurídica de los indígenas, fue un largo camino que pretendía proteger a estas comunidades.

Estas posturas discriminatorias posicionaban al indígena como un objeto de reclamación cuando sus derechos eran violentados, pero no se les reconocían prerrogativas que los posicionaran como sujetos activos con derecho a la participación en su cultura y en la sociedad. (Rodríguez, et al., 2008)

La constitución de 1886, no reconocía el concepto de vida comunitaria, ni el concepto de propiedad colectiva sobre las tierras de las comunidades indígenas, mucho menos la participación de las comunidades en los procesos políticos, o en la decisión sobre el uso de los recursos naturales, a diferencia del alcance establecido actualmente en Colombia.

Toda esta situación del desconocimiento de los derechos y de la cultura misma de los pueblos indígenas, fue analizada y debatida en la Asamblea Nacional Constituyente en los años 90, donde se obtuvieron grandes cambios a favor de estas comunidades.

Con el avance normativo de la constitución de 1991, conocida como la constitución de los derechos humanos, son reconocidos los pueblos indígenas y protege la diversidad étnica y cultural de la nación,

Es más, no sería aventurado afirmar que el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la población indígena guarda armonía con los diferentes preceptos de la

Constitución Nacional relativos a la conservación, preservación y restauración del ambiente y de los recursos naturales que la conforman, si se considera que las comunidades indígenas constituyen igualmente un recurso natural humano que se estima parte integral del ambiente, más aún cuando normalmente la población indígena habitualmente ocupa territorios con ecosistemas de excepcionales características y valores ecológicos que deben conservarse como parte integrante que son del patrimonio natural y cultural de la Nación. De esta manera, la población indígena y el entorno natural se constituyen en un sistema o universo merecedor de la protección integral del Estado. (Sentencia SU– 039/1997, p.17).

Del mismo modo, son reconocidos los derechos colectivos, y la propiedad colectiva que tienen sobre sus territorios.

El derecho de la propiedad colectiva ejercida sobre los territorios indígenas reviste una esencial importancia para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en numerosos Convenios Internacionales aprobados por el Congreso de La Republica, como la ley 21 de 1991 aprobatoria del Convenio 169 de la OIT, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas que ocupan no solo por ser estos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de su religiosidad. (INCANH, 2008, p. 208).

De esa manera, se reconoció la existencia de diferentes derechos colectivos, y además se declaró que independientemente de su origen, clero y prácticas culturales, los indígenas son seres humanos iguales en derecho; que se identifican con la concepción del derecho comunitario, esto como contribución a la existencia de la diversidad histórica, social y cultural como principio de una nación multicultural.

Con el ejercicio de la capacidad jurídica de las comunidades indígenas se da la libre determinación que implica el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos políticos autónomos y se ejerce con la elección de sus representantes, la delimitación del territorio ancestral y el ejercicio de los derechos en relación con el Estado. (Rodríguez y Domínguez, 2015)



Asimismo, Colombia ha ratificado diferentes instrumentos internacionales, relacionadas con la protección de los derechos de los pueblos indígenas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 93 y 94 de la Constitución Política de 1991, que reconocen los derechos humanos y que se integran de manera directa al bloque de constitucionalidad.

### **2.2.2 La Consulta Previa**

La consulta previa es un instrumento que permite impulsar el respeto por los derechos étnicos y colectivos de las comunidades indígenas y negras, específicamente el derecho al territorio, a la identidad, la autonomía, a la participación plural y en general a su plan de vida.

La consulta previa, más que una herramienta que le permite al Estado cumplir con su responsabilidad de proteger y garantizar la integridad étnica y cultural de las comunidades, abriéndoles un espacio intercultural, es una forma de participación en las definiciones sobre proyectos o medidas que los puedan vulnerar o afectar y en general, decidir sobre su futuro y eventualmente articularse con el modelo nacional de desarrollo y los beneficios estatales a los que tengan derecho.

La constitución política de Colombia tiene varios artículos que protegen los derechos de las comunidades indígenas en Colombia, y aunque no hace referencia de manera explícita al proceso de la consulta previa, si reconoce la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (Artículo 7), establece la imprescriptibilidad, inembargabilidad y el carácter de inalienables de las tierras comunales de los grupos étnicos (Artículo 63) y expone la pugna entre la explotación de los recursos naturales de los territorios de las comunidades indígenas y la afectación que puede tener en los aspectos sociales, económicos y las culturales de los últimos, e instando al gobierno de propiciar espacios de participación de los representantes de las respectivas comunidades en las decisiones que se adopten en dicha explotación (Artículo 330). (Rodríguez y Domínguez, 2015, p.49)

En Colombia mediante la Ley 21 del 4 de Marzo de 1991, se ratifica, el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) adoptado en Ginebra en 1989, que se integra al bloque constitucional, su alcance conceptual está interpretado por la estructura pluralista del

Estado Colombiano, y es así como se reconoce la preservación de las personas, instituciones, bienes, trabajo, cultura y el medio ambiente de los pueblos indígenas, el reconocimiento de la naturaleza colectiva de derechos, de la capacidad jurídica de los pueblos indígenas como sujetos activos de derechos a la participación en su cultura y en la sociedad, y la consulta previa como derecho fundamental.

La corte constitucional de manera clara en la jurisprudencia indicó que la consulta previa es un derecho fundamental cuando manifestó, que la comunidad indígena ha dejado de ser una realidad fáctica y legal para ser sujeto de derechos fundamentales; es decir, que éstos no sólo se predicen de sus miembros individualmente sino de la comunidad misma con el reconocimiento expreso que la Constitución hace "a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana".

La cultura de las comunidades indígenas, en efecto, corresponde a una forma de vida que se condensa en un particular modo de ser y de actuar en el mundo, constituido a partir de valores, creencias, actitudes y conocimientos, que de ser cancelado o suprimido - y a ello puede llegarse si su medio ambiente sufre un deterioro severo-, induce a la desestabilización y a su eventual extinción. La prohibición de toda forma de desaparición forzada (CP art. 12) también se predica de las comunidades indígenas, quienes tienen un derecho fundamental a su integridad étnica, cultural y social. (Sentencia SU-039/1997, p. 19)

De tal forma, se configura como un derecho fundamental de los grupos étnicos, por medio del cual ellos se manifiestan en un proceso participativo sobre los impactos y en la conveniencia de una medida un programa o un proyecto, por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. (INCAH, 2008)

Además de lo anterior la Corte firma que,

El derecho a la consulta previa se presenta como una oportunidad para que los Estados partes consideren y valoren las posiciones que sobre sus decisiones tienen los integrantes y representantes de las minorías étnicas nacionales, forzándose a propiciar un acercamiento y, de ser posible, un acuerdo. Las consultas que se ordenan, entonces, no

pueden ser utilizada para imponer una decisión, como tampoco para eludir el cumplimiento de una obligación, sino que deberán ser tenidas como una ocasión propicia y no desperdiable (...) consideren el derecho de los pueblos indígenas y tribales a exponer los condicionamientos que dicha política debe incluir, con miras a respetar su derecho a la integridad cultural, y la autonomía de sus autoridades en sus territorios. (Sentencia SU- 383/2003, p. 133)

Por esta razón, la consulta previa se define como de carácter previo, esto es, que debe realizarse anterior a la ejecución de cualquier proyecto objeto de esta y se garantiza la posibilidad de transformar, adecuar y/o complementar tanto la evaluación de los impactos.

La Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (OCNU, s.f.), para los Derechos Humanos, afirma que la consulta previa debe realizarse bajo ciertos principios orientadores que deben utilizarse para su aplicación, y que se interpretan de la siguiente manera:

Buena fe: Principio rector, actuar con la verdad, ser rectos y transparentes.

Procedimientos apropiados: Bajo la coordinación del gobierno acordar con las comunidades los procedimientos, tiempos, espacios y contenidos de la consulta, garantizando que autónomamente escojan a sus representantes; así mismo, y en conjunto, deberán construir una metodología culturalmente adecuada.

Información previa suficiente y adecuada: Las comunidades consultadas deben tener un conocimiento pleno sobre el proyecto que se propone realizar en su territorio.

Legitimidad: El proceso debe ser coordinado por el gobierno. Se realiza con la participación de las autoridades legítimas de las comunidades.

Comunicación intercultural y bilingüismo: Debe existir un diálogo fluido entre las partes, y se deben adoptar formas propias de difusión del conocimiento. Siempre que sea necesario y posible se debe garantizar la traducción a la lengua de las comunidades consultadas (art. 2 Convenio).

Oportunidad: La consulta debe realizarse antes de adoptar las medidas o emprender o autorizar el proyecto (art. 15 Convenio, sentencia SU-039 de 1997).

Pluralismo jurídico: los principios y procedimientos del derecho propio de la comunidad por consultar hacen parte de las reglas aplicables al proceso. (p. 22)

En síntesis, es fundamental resaltar que la consulta previa es un instrumento de protección constitucional y legal que protege los derechos fundamentales de los indígenas. La diversidad de interpretaciones ha llevado consigo una aplicación incorrecta o en el peor de los casos no se realiza, por lo que es importante tener en cuenta los parámetros para su ejecución con las comunidades indígenas para la protección y garantía de sus derechos.

### 2.2.3 Marco Normativo

Desde la década de los 90 hubo avances significativos en la mayoría de los países de América sobre el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, principalmente en reformas constitucionales, que consigo trajeron la creación de diversas normas para su protección.

Colombia no fue la excepción y alcanzó desarrollos legislativos y normativos, para garantizar y promover el compromiso de proteger la diversidad étnica cultural del país; para salvaguardar el territorio indígena se expidieron las siguientes:

Tabla 1. Marco normativo Territorio Indígena en Colombia

NORMA	OBJETO
Ley 89 de 1980	Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada. Esta norma sufrió modificaciones por la Sentencia C-139/1996 que declaro algunos artículos inexecutable, además de hacer aportes esenciales a la protección y conservación de los pueblos indígenas y sus territorios, asimismo, dejan de ser tratados como "salvajes", ya que son considerados por la Constitución actual como comunidades culturales diferentes.

Ley 21 de 1991	Ratifica el convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.
Decreto 1088 de 1993	Por la cual se regula la creación de las asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales indígenas que, tienen como objeto, el desarrollo integral de las comunidades Indígenas.
Ley 160 de 1994	Por el cual se crea el Sistema Nacional de Reformas Agrarias y Desarrollo Rural y Campesino que tiene como objeto, referente al territorio indígena; eliminar la concentración territorial y dotar de tierras a las comunidades indígenas, asimismo, garantizar a la mujer indígena las condiciones y oportunidades de participación equitativa en los planes, programas y proyectos de desarrollo agropecuario, propiciando la concertación necesaria para lograr el bienestar y efectiva vinculación al desarrollo de la economía.
Decreto 2164 de 1995	Por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional.
Decreto 1396 de 1996	Por el cual se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y se crea el programa especial de atención a Pueblos Indígenas
Decreto 1397 de 1996	Por el cual se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la mesa Permanente de Concertación con los pueblos y las organizaciones indígenas y se dictan otras disposiciones.
Ley 387 de 1997	Prevención del desplazamiento forzado - Garantizar atención especial a las comunidades negras e indígenas sometidas al desplazamiento en correspondencia con sus usos y costumbres, y propiciando el retorno a sus territorios
Decreto 1320 de 1998	Reglamenta la Consulta Previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de recursos naturales dentro de su territorio,

	“establece el deber de realizar consulta previa no sólo cuando la obra, proyecto o actividad se vaya a adelantar en zonas de resguardo indígena o de propiedad colectiva titulada a comunidades negras, sino también sobre zonas no tituladas pero habitadas de manera regular y permanente por comunidades étnicas”. (Sentencia T-993/2012, p. 1)
Decreto 2333 de 2014	Por el cual se establecen los mecanismos para la efectiva protección y seguridad jurídica de las tierras y territorios ocupados o poseídos ancestralmente y/o tradicionalmente por los pueblos indígenas acorde con lo dispuesto en los artículos 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT, y se adicionan los artículos 13,16 Y 19 del Decreto 2664 de 1994. Tiene como objeto establecer mecanismos para la protección de los territorios indígenas.

Fuente: Elaboración propia

No obstante, es importante resaltar que estas normas deben interpretarse con base en los principios constitucionales y el derecho indígena, asimismo, en conjunto con los mecanismos internacionales.

#### **2.2.4 Referencias jurisprudenciales**

Con el avance normativo de 1991, el reconocimiento de derechos a las comunidades indígenas, han sido plasmados en diversas normas nacionales e internacionales, sin embargo, en la práctica han sido vulnerados ya sea por negarlos o por no ejecutarlos adecuadamente.

Hoy estos derechos se encuentran amparados bajo la constitución de 1991, es por esto que la Corte Constitucional, ha realizado numerosos pronunciamientos que buscan proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas como sujetos de especial protección constitucional.

La Corte ha advertido que esta protección se deriva de la existencia de patrones históricos de discriminación aún no superados frente a los pueblos y las personas indígenas; la presencia de una cultura mayoritaria que amenaza con la desaparición de sus costumbres,

su percepción sobre el desarrollo y la economía y, en términos amplios, su modo de vida buena (lo que suele denominarse cosmovisión). (Sentencia T-235/2011, p. 18)

En el tema que nos concierne la corte constitucional ha brindado pautas en términos específicos que comprometen a la protección del derecho a la propiedad colectiva, el derecho a la preservación de su hábitat natural, el derecho a la constitución de resguardos, el derecho a la supervivencia, integridad territorial y al dominio sobre el resguardo, entre otros. Dentro de los pronunciamientos resaltamos los siguientes:

- El **derecho de propiedad colectiva** ha sido mencionando en diferentes sentencias como pilar de protección especial de los territorios indígenas, es importante mencionar que la Corte Constitucional, le ha otorgado el carácter de derecho fundamental ya que,

(...) reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. El derecho fundamental a la propiedad colectiva de los grupos étnicos lleva implícito, dada la protección constitucional del principio de diversidad étnica y cultural, un derecho a la constitución de resguardos en cabeza de las comunidades indígenas. El derecho fundamental de petición es aquí un medio o presupuesto indispensable para la realización de aquellos derechos. (Sentencia T-188/1993, p. 10)

Cuando se trata de protección del territorio de propiedad de los grupos étnicos, se puede ejercer a través de la acción de tutela, como se mencionó anteriormente, es reconocido como un derecho fundamental para la su subsistencia de la comunidad. (Sentencia T-387/2013)

- El reconocimiento del papel fundamental que las comunidades indígenas desempeñan en la preservación del medio ambiente y la prevalencia de la integridad cultural, social y

económica de estas comunidades sobre la explotación de los recursos naturales en sus territorios, la Corte ha reconocido **el derecho a la preservación de su hábitat natural**. (Sentencia T- 380/1993)

- Reconociendo la importancia del derecho fundamental a la propiedad colectiva de los grupos étnicos que lleva implícita, la protección constitucional del principio de diversidad étnica y cultural como un **derecho a la constitución de resguardos** en cabeza de las comunidades indígenas. (Sentencia T-188/1993)
- El desarrollo del **derecho a la integridad territorial y al dominio sobre el resguardo**, y su relación con el **derecho fundamental a la supervivencia del pueblo indígena**, se manifiesta constitucionalmente cuando los faculta de participar en las decisiones sobre la explotación de los recursos naturales en sus territorios tradicionales, el impacto de cualquier proyecto, los efectos la mitigación y compensación del impacto; es así, como la Corte Constitucional reitera el carácter fundamental del derecho a la propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios, “no sólo por lo que significa para la supervivencia de los pueblos indígenas el derecho de dominio sobre el territorio que habitan, sino porque él hace parte de las cosmogonías amerindias y es substrato material necesario para el desarrollo de sus formas culturales características.” (Sentencia T-652/1998, p. 11)
- La Corte se ha pronunciado en relación con la facultad que otorga la Constitución al legislador para establecer limitaciones a la libertad de locomoción, necesarias que pueden justificarse, entre otras, por razones culturales.

A la luz de lo anterior, la corte dice que

De la Constitución se derivan obvias restricciones a **la libertad de locomoción** en los resguardos indígenas, ya que estas normas establecen que la propiedad de los resguardos es colectiva y no enajenable y facultan a los Consejos Indígenas para



velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios. (Sentencia T-257/1993, p. 1)

La propiedad que ejerce una comunidad indígena sobre un resguardo es una propiedad que se rige por el artículo 58 de la Constitución Política. Por lo tanto, la propiedad sobre un resguardo es un derecho (El dominio como propietario (Comunidad Indígena)) y un deber de los terceros respetar la propiedad ajena.

- En la sentencia SU-037 de 1997, la corte unifica y explica la naturaleza fundamental al **derecho a la consulta previa** y su fundamento normativo esencial; el artículo 40 la constitución política como derecho fundamental a la participación, el artículo 330 que ordena la participación de los pueblos indígenas en las medidas que los afectan, asimismo como el artículo 6 del convenio 169 de la OIT, además, establece principios bases para la realización real de este mecanismo de protección de las comunidades indígenas y triviales.

## CONCLUSIONES

La importancia del concepto de territorio entendido desde la concepción indígena, es fundamental para comprender el desarrollo normativo de la última década respecto a los mecanismos de protección que cobijan en Colombia; la Constitución Política de 1991 reconoce el principio fundamental de diversidad étnica y cultural que proyecta en el plano jurídico una protección especial al derecho territorial como una parte del espacio geográfico y social, simbólico y religioso, con el cual se vincula la historia y la identidad de las comunidades indígenas.

El énfasis que hace la Constitución en el concepto de diversidad es la aceptación categórica de la diferencia que se tiene desde el punto de vista social, etnológico, religioso, cosmogónico y de pensamiento de un grupo de seres humanos que aun siendo diferentes comparten elementos del Estado, como lo es el territorio. No siendo elementos que homogenizan el pensamiento encaminando en una única dirección, sino por el contrario, permite la verdadera convivencia de entender la - diferencia -.

Lo anterior, se evidencia con los 102 pueblos indígenas reconocidos por la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) y que muestra la cantidad de lenguas maternas, costumbres y creencias que confluyen en todo el país. Se podría decir que los pueblos indígenas representan el 3,3% de la población total, con la más fuerte afluencia en departamentos como la Guajira y Nariño, entre otros.

El desarrollo constitucional, jurisprudencial, nacional e internacional, se deja claro que el territorio es un derecho colectivo de los grupos étnicos directamente ligado a la identidad cultural y a la autonomía, que son necesarios para el desarrollo cultural de los pueblos indígenas amparados expresamente por nuestro ordenamiento nacional y que a su vez ratifica mecanismos internacionales que marcan un papel fundamental en la creación de normatividad y precedentes para la protección de los derechos indígenas; y en lo que nos concierne en el derecho a la propiedad colectiva, que se reconoce sobre los territorios tradicionales ocupados y los que configuran su hábitat.

Los mecanismos jurídicos de protección al territorio indígena, deben reconocer al indígena como un sujeto político que contribuye desde su visión con la construcción de un proyecto histórico, es equivocado realizar un debate a la luz de un concepto como el territorio sólo con una perspectiva económica y mercantil, de lo anterior, la importancia de articular las políticas del Estado con las concepciones diversas, pero validas que hacen convalidar a nivel constitucional la defensa de la diferencia.

Esto, ratifica el deber del Estado de garantizar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos; sin embargo, es importante resaltar que el Estado también tiene la necesidad de proyectar, planificar y desarrollar de manera integral el manejo y aprovechamiento de los territorios para garantizar la conservación y el desarrollo sostenible como interés general de la población, pero así como también la de asegurar la protección de las comunidades indígenas que ocupan dichos territorios, es decir, que debe buscarse un equilibrio entre el desarrollo económico del país que exige la explotación de dichos recursos y la preservación para la subsistencia de los pueblos indígena y en las que debe propiciar la participación de dichas comunidades.

En Colombia se han presentado diferentes casos donde el derecho a la propiedad colectiva ha sido motivo de discusión en algunas sentencias de la corte constitucional, llegando a la conclusión de la importancia del derecho a la propiedad colectiva en conexidad con otros derechos que puedan llegar a vulnerarse, ya que los indígenas brindan un papel fundamental en la conservación del territorio (medio ambiente), el cual ha adquirido un carácter de objetivo social, como derecho de colectivo para el interés general.

Finalmente es importante destacar, como se desarrolla a lo largo de este artículo el territorio como concepto, que hace parte de las preocupaciones teóricas y políticas, y que en nuestra constitución se plasma una reflexión sobre el status del conocimiento que requiere por parte de las sociedades de sus diferentes integrantes; una visión como la indígena que pretenda descolonizar las ciencias, va más allá de la gnoseología y se constituye en una tarea política de primera magnitud, que involucra representación de la cosmogonía indígena a través de los estudios antropológicos pero acompañado ante todo de crear espacios en las escuelas y academias que aseguren la escucha e

inclusión de la cosmovisión indígena como parte integral del Estado, de tal forma que se emancipe el conocimiento nuestras raíces más que de contenidos colonizadores en donde solo se muestra la historia a través del discurso de los vencedores.

Es por esto que se evidencia, la relevancia de políticas públicas que le den la importancia que requiere el indígena, punto de partida para la evolución histórica y normativa que se ha implementado en nuestro país, y que ha sido fundamental para reconocer y establecer diferentes instrumentos de protección para las comunidades indígenas, plasmados en normas nacionales como en tratados internacionales ratificados en Colombia, además del papel de la Corte Constitucional como ente encargado de velar por la protección de sus derechos y de las cuales hoy son individuos de protección especial constitucional.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abya-Yala (Ed). (1992). *El indígena y la tierra: conferencia de Ginebra, 12-18 septiembre 1981 colección 500 años*, Quito, Ecuador: Universidad de Texas
- Agredo Cardona, Gustavo Adolfo. (2006). El territorio y su significado para los pueblos indígenas. *Revista Luna Azul*, núm. 23, julio-diciembre, 2006, pp. 28-32: Universidad de Caldas Manizales, Colombia.
- Barco Vargas, Virgilio. (1998). *Política del Gobierno Nacional para la protección y desarrollo de los indígenas y la conservación ecológica de la cuenca amazónica*. Bogotá, Colombia: Presidencia de la República.
- Berraondo López, Mikel. (2008). *Los derechos territoriales indígenas a la luz del artículo 62 de la Convención Americana de Derechos Humanos*. Bogotá, Colombia: Actualidad Planes de Vida.
- Botero, Catalina. (2003). *Multiculturalismo y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En Precedente Anuario Jurídico 2003*, 45-87. Cali, Colombia: Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Icesi.
- Domínguez, Camilo. (2000). *Territorialidad Indígena y ordenamiento en la Amazonía* (Tesis de maestría). Universidad Nacional de Colombia, Colombia, sede Leticia.
- Echeverría Ramírez, María Clara; Rincón Patiño, Análida; González Gómez, Lina Marcela. (2000). *Ciudad de territorialidades, polémicas de Medellín*. Medellín, Colombia: Universidad Nacional de Colombia, Centro de Estudios del Hábitat Popular.
- Instituto Colombiano de Antropología e Historia (INCAH). (2008), *La Consulta Previa principios enfoque metodológico e instrumentalización*. Bogotá, Colombia: Red Latinoamérica de Antropología Jurídica.

Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). (s.f). *El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, libre e informada*: Organización de las Naciones Unidas.

Organización de los Estados Americanos (OEA). (2009). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>

Organización de los Estados Americanos (OEA). (s.f) *Convención Americana Sobre Derechos Humanos*. Recuperado de [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)

Organización de las Naciones Unidas (ONU). (s.f). *Los pueblos indígenas en sus propias voces – La declaración de las Naciones Unidas sobre los pueblos indígenas*. Recuperado de [http://www.un.org/es/events/indigenousday/pdf/indigenousdeclaration\\_faqs.pdf](http://www.un.org/es/events/indigenousday/pdf/indigenousdeclaration_faqs.pdf)

Organización de las Naciones Unidas (ONU). (s.f). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Recuperado de [http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_es.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf)

Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2015). *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Recuperado de [http://www.ilo.org/lima/publicaciones/WCMS\\_345065/lang--es/index.htm](http://www.ilo.org/lima/publicaciones/WCMS_345065/lang--es/index.htm)

Oviedo, Gonzalo. (1992). *El mundo precolombino. En: Naturaleza, Sociedad y Cultura en América Latina (enfoque antropológico)*. Quito, Ecuador: La Huella Impresores.

Organización Indígena Kankuamo (OIK). (2008). *Makú Jogúki. Ordenamiento Educativo del Pueblo Indígena Kankuamo*. Valledupar, Colombia: El Autor

- Procuraduría General de la Nación (PGN). (2009). *El derecho al territorio: garantía para la pervivencia de los grupos étnicos*, Bogotá, Colombia: Procuraduría General de la Nación: ASDI. Agencia Sueca de Cooperación Internacional.
- Rodríguez, G., Domínguez, D. (2015). *Las rutas de la consulta: Una discusión sobre la reglamentación de la consulta previa, libre e informada*, Bogotá, Colombia: Instituto Latinoamericano para una sociedad y un derecho alternativos.
- Rodríguez, G., Libia, R., Grueso, C., Quijano, A., Orjuela, A., Rosero, C., Tunubalá F., (2008). *La Consulta Previa ¿Para qué?, ¿cómo y quién decide?*, Bogotá, Colombia: Semillas.
- Sánchez, Parga. (2009). *Qué significa ser indígena para el indígena: más allá de la comunidad y la lengua*. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala. Recuperado de <http://www.ebrary.com>.
- Vedum, Olsen. (2008). *Tierra profanada: Marco legal para los derechos de los pueblos indígenas en Colombia*. Colombia: Human Rights Everywhere.
- Vivas Barrera, Tania Giovanna., Perez Salazar, Bernardo., Quintero Sánchez, Gabriel Alejandro., (s.f). *Compliance of inter-american Court of human rights judgments concerning collective land ownership rights of indigenous peoples*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado (En proceso editorial).
- Wermus, Daniel. (2006). *Madre Tierra: por el renacimiento indígena*. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala.
- Zapata Torres, Jair. (2006). *Espacio y Territorio Sagrado* (Tesis de Maestría). Medellín, Colombia: Universidad Nacional.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la comunidad mayagna (sumo) awas tingni-Nicaragua, Sentencia del 31 de agosto de 2001.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007.

Corte Constitucional (03 de febrero de 1997) Sentencia de Unificación N° 037 (M.P Antonio Barrera Carbonell)

Corte Constitucional (12 de mayo de 1993) sentencia No. T-188 (M.P Eduardo Cifuentes Muñoz)

Corte Constitucional (10 de noviembre de 1998) sentencia No. T-188 (M.P Carlos Gaviria Díaz)

Corte Constitucional (30 de junio de 1993) sentencia No. T-257 (M.P Alejandro Martínez Caballero)

Corte Constitucional (13 de septiembre de 1993) sentencia No. T-380 (M.P Eduardo Cifuentes Muñoz)

Corte Constitucional (28 de junio de 2013) sentencia No. T-387 (M.P María Victoria Calle Correa)

Corte Constitucional (28 de junio de 2013) sentencia No. T-387 (M.P María Victoria Calle Correa)

Corte Constitucional (31 de marzo de 2011) sentencia No. T-235 (M.P Luis Ernesto Vargas Silva)

Corte Constitucional (23 de noviembre de 2012) sentencia No. T-933 (M.P María Victoria Calle Correa)

Corte Constitucional (09 de abril de 1996) sentencia No. C-139 (M.P Carlos Gaviria Díaz)

Corte Constitucional (13 de mayo de 2003) Sentencia de Unificación N° 037 (M.P Álvaro Tafur Galvis)